



La seducción de los horizontes: reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador

por David Lantarón Barquín

1. La conexión del trabajador: una “china” poderosa que se desvela

Bienvenidos al S. XXI, a la era digital, a la Sociedad 4.0. A una Sociedad en la se ha llegado a advertir el riesgo de “recrear prácticas laborales que se remontan al siglo XIX y futuras generaciones de «jornaleros digitales»” (Merkel, 2018). A un imperio no de un Estado sino al imperio de la Tecnología. A un imperio en el que, desde luego, “no se pone el sol”.

Un imperio cuya realidad ha sido recientemente trazada, entre otras innumerables fuentes, por el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (2019, pp. 19, 30 y ss.; en adelante IFT). IFT que expone algunos datos de nuestro más directo interés por esbozar con claridad un mundo laboral que demanda conexión. Como anteriormente se señalara por cualificada doctrina (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y PÉREZ DEL PRADO, 2017, 21 y 22), y tomando nuestro país como botón de muestra, un 64% de los españoles afirman que desarrollan trabajo en las horas libres y un 68% confirman que reciben emails o llamadas de trabajo fuera del horario laboral. Realidad, *mutatis mutandi*, atendiendo entre otros relevantes factores al grado de penetración de la tecnología en el mercado de trabajo, claramente extrapolable.

La conexión digital es aplastante y creciente a una velocidad vertiginosa. Sea por el teletrabajo, la digitalización de la atmósfera laboral o la necesidad de un aprendizaje permanente, entre otros posibles enfoques, lo es desde luego el más específico fenómeno que nos interesa, la conexión digital laboral. Se habla por ello de la desconexión digital respecto del trabajo. Es decir, por simplificar, preocupa este fenómeno en cuanto la conexión es debida a motivos laborales y se presenta en exceso, más allá de puntuales circunstancias excepcionales.

En las acertadas palabras del art. 14 del Convenio de Axa 2017-2020 (BOE, 10-X-2017) “en este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras”.

Conexión laboral al margen del tiempo de trabajo y, su reverso, “conexión personal” dentro del tiempo de trabajo son fenómenos que, aunque no siempre digitales, han acompañado a las relaciones de trabajo sino *ab origine* sí claramente tiempo ha. La ordenación del tiempo de trabajo siempre se ha interesado por establecer fronteras sólidas si bien razonablemente permeables entre ambos espacios vitales del ser humano.

Recuerda Dagnino (2017, 1036 y ss.) citando a Bavaro (2009, 22) que el tiempo con valor económico para la empresa, y con significación y utilidad jurídico-laboral, no es meramente el de trabajo efectivo. Y encuentra en el derecho a la desconexión del trabajador “una vía para afirmar una noción del tiempo de no-trabajo (de descanso) como un tiempo de la persona libre del vínculo de la producción/subordinación”. Un derecho que, en el contexto de prestaciones de servicios del trabajador dotadas de autonomía en la gestión del tiempo de trabajo, puede transformarse en el derecho a la “conexión elegida” (LOISEAU, 2017, 468-469).

Tiempo de trabajo de gran trascendencia, pues, como elemento tradicional de medición de la obligación principal del trabajador coexistente en la actualidad con otros. Y mucho más. No sin razón el primer Convenio de la OIT, del año 1919, tenía por objeto la limitación de las horas de trabajo en la industria.

Conexión o permeabilidad que, en relación con su manifestación digital, conoce hace ya relativo tiempo muestras de una incipiente preocupación o tratamiento. Existiendo en nuestro ordenamiento, y en general en el derecho comparado, previsiones para poder encararla. En nuestro caso, es fácil identificar entre dichas previsiones los artículos 13.4, 19, 20 y 34 y ss. ET o en la LPRL (apuntadas a título de ejemplo por FERNÁNDEZ AVILÉS, 2018, 15). Natural por ello encontrar “vestigios” -y mucho más- jurisdiccionales. Sirvan como botón de muestra las SS AN de 17 de julio de 1997 (AS 1997, 3370), del TSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2013 (Rec. 6212/2012) o del TS, de 21 de septiembre de 2015 (Rec. 259/2014). Y cómo no tener presente, con otra significación, la STJUE de 21 de febrero de 2018 (asunto C-518/15, caso Rudy Matzak).

Previsiones que, eso sí, no participaban de esta consideración autónoma y de cierta relevancia que aparentemente se está gestando en la actualidad sobre nuestro específico objeto de reflexión. Entidad fruto de su trascendente nueva dimensión, pues nunca hasta ahora y/o nunca como ahora “las tecnologías de la información y de la comunicación que permiten que se trabaje en cualquier lugar, en cualquier momento, difuminan la línea entre las horas de trabajo y la vida personal, y pueden contribuir a ampliar las horas de trabajo” (IFT, 2019, p. 41).

2. Una nueva cuestión social: soberanía sobre el tiempo y “mindfulness”

En palabras del traído IFT (pp. 41 y ss.) es preciso “ampliar la soberanía *del trabajador* sobre el tiempo”. Más específicamente, “en la era digital, los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán que encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el derecho a la desconexión digital”. Soberanía sobre el tiempo que en la filosofía del Informe significa también predictibilidad sustantiva del horario de trabajo.

Aunque, no nos engañemos, el trabajador por su condición no laboral tiende de forma natural, propende a, perder este dominio. Como subraya la doctrina, “si bien desde un punto de vista exclusivamente objetivo (o tecnológico, si se prefiere) parece relativamente sencillo establecer (algunas) medidas concretas de desconexión (por ejemplo, desconexión temporal de servidores o geolocalizadores, temporización en la recepción/emisión de correos, etc.), desde un punto de vista subjetivo (usuarios) no parece tan fácil dado el uso (y, se insiste, abuso) que en la actualidad hacemos de las nuevas tecnologías. En cierto, modo bien podría señalarse que tenemos una cierta adicción (cuyo origen, voluntario o impuesto, no siempre queda claro) al respecto. Adicción que, como tal, no admite (diluyéndolas) fronteras entre lo personal y lo profesional” (BARRIOS BAUDOR, 2019, epígrafe II.2.4).

En el fondo el problema es doble. No sólo de un derecho del trabajador frente a eventuales extralimitaciones de su empleador, sino también de propio “mindfulness”. No sólo de desconectarse del trabajo sino de conectarse a uno mismo. De un equilibrio entre el imperio de lo externo a lo que la tecnología nos vincula y el control sobre “lo” interno.

Desconexión digital traída a colación expresamente en el seno de una reflexión sobre la “soberanía del tiempo”. Reflexión que evidencia la trascendencia de las medidas de limitación y reducción del número de horas de trabajo a múltiples efectos (IFT, 2019, pp. 41 y ss.): en relación con la productividad; la creación de empleo, contraponiendo el número importante de trabajadores que trabajan demasiadas horas con los igualmente numerosos que precisarían una jornada superior (“casi uno de cada cinco trabajadores de todo el mundo que trabaja pocas horas señala que le gustaría trabajar más horas”); o la mejora de la salud del trabajador.

La doctrina apunta, sobre este último particular, que regular la desconexión digital serviría al propósito de proteger al trabajador “frente a nuevas enfermedades relacionadas con el entorno laboral, tales como el estrés –*anticipatorio o no*- o el síndrome de estar «quemado» (burnout)” (TALÉNS VISCONTI, 2018, epígrafe I). Más extensamente, junto a lo anterior, protegería al menos además frente a la *tecnofatiga* y la llamada “obesidad digital” (RAY, J.E., 2016, 915). En la ordenación de esta cuestión en la Universidad de Insubria se señala, en fin, que “el uso de las tecnologías debe ser calibrado y permitir que el cerebro descanse”.

3. La atención del legislador español y algunos de sus precedentes

Antecediendo al tan traído Informe, si bien tiempo después de otros pioneros ordenamientos, como paradigma el francés, nuestra legislación ha atendido autónomamente este fenómeno. Desconexión laboral presente, en efecto, en el art. 55.I.2º de la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, modificando el Código de Trabajo francés incluyendo un nuevo apartado séptimo del artículo L 2242-8 para dar cabida a la misma.

Reforma gala que atiende a la dimensión de la empresa de manera que obliga a contemplar la desconexión digital en la negociación colectiva anual sobre determinadas cuestiones -igualdad de mujeres y hombres y calidad de vida en el trabajo, entre otras- para empresas a partir de 50 trabajadores. No obstante lo cual, si esta negociación no fructificara o la plantilla fuere inferior, el empleador debe asumir una obligación de información centrada en actividades de formación y sensibilización sobre el “uso razonable” de las TIC (LEROUGE, 2017, 2). Legislación francesa que no incorpora una definición del derecho a la desconexión y que tampoco establece su ámbito subjetivo “por lo que cabe entender que el mismo se refiere al personal sujeto al convenio colectivo que resultare de aplicación” (TASCÓN LÓPEZ, 2018, epígrafe II.1).

No podemos tampoco olvidar el precedente italiano de la Ley de 22 de mayo de 2017, n.º 81, de *misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*. Su capítulo segundo, artículos 18 a 24, regula el «lavoro agile», modalidad que alterna presencia física en la empresa con trabajo a distancia. Que presenta por ello un especial riesgo en relación con nuestro objeto de estudio. Y para la cual el artículo 19 del mentado capítulo ordena acordar la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos de trabajo, intrínsecos a esta modalidad, adoptando las medidas técnicas y organizativas necesarias.

Precedentes cercanos de los que con acierto se ha señalado no siguen una línea unívoca, pues dejan su “delimitación a la negociación colectiva” o bien “este derecho se inscribe dentro de categorías o

formas de prestación de trabajo sumamente especiales” (ROSENBAUM CARLI, 2018, p. 3). De una manera más detallada, comparando ambas legislaciones, cualificada doctrina (DAGNINO, E., 2017, 1027 a 1032) encuentra puntos en común y divergencias.

En común, ambas previsiones legales conciben el derecho a la desconexión digital del trabajador como un derecho subjetivo de éste; nacen en el contexto de una reforma del Derecho del Trabajo orientada a adaptarlo a la nueva realidad; y comparten, además, concebir el derecho a la desconexión digital del trabajador como instrumento de salud laboral y también de fijación de límites entre la esfera privada y la profesional del trabajador, favoreciendo un correcto equilibrio entre tiempo de trabajo y personal.

Divergen, sin embargo, en que la previsión francesa es de aplicación general, prescindiendo de la concreta modalidad de trabajo, frente a la italiana exclusiva del “lavoro agile” caracterizada por una mayor autonomía del trabajador que disminuye la trascendencia del parámetro temporal de la prestación de trabajo. También se distancian en que el legislador galo confiere el protagonismo en la definición del derecho a la autonomía colectiva mientras que el italiano éste descansa sobre la autonomía individual.

Volviendo a nuestra realidad, la legislación española ha reaccionado a través de la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de Protección de Datos (en adelante, LOPD, BOE, 6-XII), que como es bien sabido adapta a nuestro ordenamiento, dentro de sus límites, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de esos datos (en adelante, RUEPD). Ello sin desconocer expresiones anteriores más aisladas y desprovistas de dicho carácter general.

Retomando aquella nuclear norma, el apartado V del Preámbulo LOPD ya advierte que su Título X “acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución”. Y, en lo que más directamente nos atañe, subraya que “ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”.

Segunda referencia de la LOPD, su art. 88, central a nuestros efectos, se intitula “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”. Reconoce el derecho de los “trabajadores y los empleados públicos” (mejorable expresión ésta, delimitadora de los titulares) “a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

Dispone también el art. 88 LOPD, en concreto su apartado 2, que las “modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

Trascendencia de la negociación colectiva que, si siempre deseable, parece indispensable en este ámbito. Y ya presente en la citada legislación francesa, que si meritoria por abanderar la regulación de esta materia, como de tantas otras –v.gr. transparencia salarial-, emplaza cuestionablemente a la obligatoria negociación anual sobre igualdad de mujeres y hombres y calidad de vida en el trabajo (artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo) a abordar su tratamiento, concretamente «las modalidades de pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en

marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones, así como a su vida personal y familiar».

Reflejo también nuestra legislación de aquella francesa en el papel otorgado a la consulta a nivel de empresa con los representantes de los trabajadores. Precisa, en efecto, la norma comparada citada que si la negociación resultara fallida el empleador debe, previa consulta con los representantes de los trabajadores, elaborar una política de aplicación en la materia. Política, que “definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección”.

Si bien es cierto que en nuestro caso, y a resultas de lo establecido en el art. 88.3 LOPD, la propia norma contempla una política interna empresarial dirigida a los trabajadores que se suma a dichas previsiones, no parece sea necesaria únicamente en defecto de las mismas. También, como en el caso francés, con participación de la representación de los trabajadores, “previa audiencia” de la misma refiere la norma. Precepto que cita además expresamente, como destinatarios de dicha política, a los trabajadores “que ocupen puestos directivos”.

Política “en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”. Formación cuya trascendencia se aprecia también en las crecientes referencias convencionales. El art. 8 de la Revisión del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales (BON, 16-IV-2019) habla así de la “previsión de una formación específica de gestión del tiempo de trabajo para los trabajadores y trabajadoras que desempeñan su labor bajo estos nuevos riesgos”, en referencia a los excesos de la conexión digital.

Política en la que, “en particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

Defiende la doctrina en relación con estas obligaciones empresariales relacionadas con la desconexión digital de sus trabajadores que “debería establecerse incluso un plazo razonable de tiempo que obligase a las empresas, en función de sus dimensiones por número de trabajadores, a la elaboración de dichos «Manuales y modalidades de ejercicio de la desconexión digital», en estrecha colaboración con los Servicios de Prevención” (QUÍLEZ MORENO, 2019, 15).

La trascendencia de la dimensión de plantilla a la hora de determinar la asunción de obligaciones y materialización de estas en la empresa cuenta, desde luego, con el precedente francés y con mayores anclajes legales. Ofrece seguridad jurídica. Y es un indicador entendemos válido de la complejidad organizativa de la empresa y consiguiente probabilidad de uso –e intensidad del mismo- de las TIC. Sin embargo la necesidad de tutela del trabajador en este ámbito no parece nacer de ésta, sino de la naturaleza del trabajo y modo de ejecución del mismo –de “naturaleza y objeto de la relación laboral” se habla en nuestra LOPD-. Si la obligación de tutelar al trabajador, desconectándolo, es clara desde distintas perspectivas, hay que exigir en todo caso a la empresa las obligaciones correspondientes. La capacidad de asunción de estas obligaciones y nivel vendrá determinado, a la postre, por su capacidad económica para articular los mecanismos necesarios. Capacidad de la que, como en el ámbito tributario, la entidad de la plantilla sólo es un indicio. No el factor determinante en sí mismo.

La referencia a los puestos directivos nos lleva por otra parte a recuperar la idea de gradualidad, de la existencia de un abanico de situaciones que desde luego han de ser contempladas a la hora de regular esta realidad. El equilibrio de intereses en juego es variable, bien sea de forma consustancial y estructural, caso del teletrabajo, bien sea de forma episódica, como sucede con ciertas horas extraordinarias porque el derecho al descanso “no es absoluto o intangible, pues hay algunas circunstancias que permiten a la empresa exigir lícitamente la prestación de servicios fuera de las horas habituales de trabajo” (TASCÓN LÓPEZ, 2018, epígrafe III.2.2).

Últimas previsiones legales de la LOPD, sus disposiciones finales decimotercera y decimocuarta añaden sendos artículos, respectivamente, al Estatuto de los Trabajadores, artículo 20 bis, y al Estatuto Básico del Empleado Público, art. 14 j) bis. Preceptos que con cambios meramente sintácticos vienen a consagrar el derecho a la desconexión digital con especial énfasis o expresa alusión al uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador.

Siendo en este sentido fallidos, por el momento, algunos de los rigurosos ejercicios de reflexión doctrinal que apuntaban su mejor inclusión en los artículos 34, 37 o 38 ET, frente a la ubicación en el ámbito de los artículos 4 y 5 ET. Y que igualmente apostaban por la modificación del TRLISOS –que no obstante parece difícilmente evitable, tal y como sucede en el modelo francés que hemos atendido cuando se incumple la obligación de negociar, no así en el caso de incumplir la comunicación para empresas de plantilla inferior a 50 trabajadores (LEROUGE, L., 2017, pp.1 y 2)- para dar cabida a este derecho o conjeturaba la posible reforma de los artículos 14 y 16 LPRL (TALÉNS VISCONTI, 2018, epígrafe II). Claro está que acabamos de iniciar una senda legislativa que bien podría arribar en alguno de estos puertos.

4. Negociación colectiva y desconexión digital: inevitable punto de encuentro

Tanto el informe de la OIT, como la legislación francesa -que parte del informe “Mettling”, recogiendo éste distintas experiencias sectoriales- o nuestra propia normativa hacen referencia a la negociación colectiva, y no es de extrañar. Negociación colectiva, en particular de empresa, que es vista como ámbito idóneo a los efectos de disciplinar el derecho a la desconexión digital del trabajador.

De los tres aspectos fundamentales en que la negociación colectiva está llamada a actuar en relación con la LOPD, es decir, control de las comunicaciones electrónicas del trabajador, vigilancia a distancia por cámaras, grabación de sonidos y dispositivos GPS y derecho de desconexión digital, su intervención “tiene más relevancia, y es más sugerente” en este último (BAYLOS GRAU, 2019, 2).

Subraya de hecho la doctrina que “es en la autorregulación colectiva en donde podemos encontrar las primeras manifestaciones expresas del derecho a la desconexión digital en nuestro país; bien es verdad que todavía de manera muy limitada. No en vano son muy pocos los convenios colectivos que hoy en día abordan de forma expresa esta cuestión. Y, aun así, los pocos que lo hacen apenas contemplan otra cosa que meras previsiones programáticas de las que apenas puede derivarse responsabilidad alguna” (BARRIOS BAUDOR, 2019, epígrafe II.1).

Bien es cierto que idéntica doctrina aprecia que “la práctica totalidad de las *cláusulas sobre esta materia* aparecen contempladas en convenios colectivos y/o planes de igualdad de empresa (en este último caso, por su estrecha vinculación a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar)”. Existe, en nuestro parecer, una idoneidad de la negociación colectiva empresarial que no excluye que esta materia pueda “ser abordada desde cualquier ámbito convencional”, acuerdos

interconfederales (tanto nacionales como autonómicos) incluidos (BARRIOS BAUDOR, 2019, epígrafe II.4.1), como el citado Acuerdo navarro viene de algún modo a acreditar.

Existen, en efecto, en la actualidad, diversos exponentes. Tales como los convenios colectivos de IKEA, Banco de Santander o la cervecera Damm. En número, como es natural, creciente. Uno de los primeros convenios a nivel de empresa es el citado Convenio de Axa, que constituye también a nuestro modo de ver una excepción al mentado carácter programático imperante en la negociación colectiva actual. Y que, “salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales...reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo». Bien sea cierto que en el caso de la fuerza mayor, en parte por la propia definición de ésta, y también en cierta medida en el resto de “circunstancias excepcionales” difícil será que el trabajador tenga conocimiento de tales sin al menos leer esos mails o mensajes. ¿Cabría entonces hablar de una desconexión *digital parcial o de respuesta*, que no *íntegra o total* comprensiva también, por así decirlo, de la de *entrada*? ¿Corresponde al trabajador valorar la concurrencia de esa excepcionalidad?

5. Últimas reflexiones: pasos del camino abierto

La regulación del derecho a la desconexión digital del trabajador acaba a duras penas de ver la luz. Y se intuye tiene un largo camino por delante. Un camino, como todos, lleno de alternativas. Alternativas cuya decantación por el ordenamiento contribuirán, claro está, a completar el régimen jurídico objeto de análisis. Y que esbozamos a renglón seguido sin ánimo de exhaustividad. Una primera, ya decantada por el legislador en medida relevante, sobre el grado de autonomía o de especificidad en su regulación.

Es importante también, por supuesto, determinar cuáles son los espacios normativos afectados (prevención de riesgos laborales, ordenación del tiempo de trabajo y conciliación de la vida personal y familiar, básicamente) para determinar la ubicación normativa, caso de ser ésta dispersa, y, sobre todo, ordenar adecuadamente la materia irradiando una serie de principios relativos a estos espacios sobre la integridad de su régimen jurídico.

La tercera, sobre la fuente de derecho y/o de obligaciones que ha de asumir esta tarea. Decisión también tomada si bien le resta aún recorrido. En otras palabras, cuáles son los límites del papel del legislador público, cuál ha de ser el rol a desempeñar por la autonomía colectiva y en qué niveles, así como concretar la función de la autonomía individual. Distribución de roles que naturalmente se vincula, cuarto elemento a considerar, al diseño de una previsión de aplicación general, como es nuestro caso -que en este extremo y otros, pero no en todos, sigue el modelo francés- o desprovista de tal carácter, como es el caso italiano vinculado a una modalidad de trabajo.

En quinto lugar, en particular claro está cuando este derecho lo es predicable con carácter general, tomar consciencia, como ha subrayado la doctrina, de que no puede ser pretendido de “manera genérica”, es decir, aplicarse “sin pautas ni estudios previos del sector o de los trabajos donde pueda o deba afectar” (QUÍLEZ MORENO, 2019, 15 y 16). En consecuencia, señala nuestro ordenamiento que las “modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral”. Es decir, este derecho ha de conocer una modulación en relación con un equilibrio de intereses en juego nítidamente variable, bien sea de forma consustancial y estructural al trabajo prestado, caso del teletrabajo, bien sea de forma episódica o puntual, como sucede a propósito de la realización de ciertas horas extraordinarias.

Soslayando la dificultad de aplicar las medidas para proteger este incipiente derecho en prestaciones internacionales de trabajo que relacionan sujetos sometidos a distintos husos horarios (DAGNINO,

2017, 1034), entre estas circunstancias a considerar, algunas de las cuales encuentran según se ha visto acogida legal, se habla de la habitualidad de esa conexión digital; del grado de responsabilidad, con alusiones legales al personal directivo de la empresa; del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado; etcétera. El IFT, amén de demandar el protagonismo del diálogo social, presta especial atención a las personas que trabajan “por llamada”, para aquellos ordenamientos en que ésta sea admisible, e igualmente invita a no perder de vista cuestiones como las guardias, sobre las que es de obligada cita la STJUE, de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15.

Identificar estas circunstancias será desde luego una labor a realizar. Si bien parece que el grado de autonomía del trabajador en la gestión del tiempo y lugar de trabajo será posiblemente un factor determinante para la regulación del derecho. Es, en definitiva, desde luego trascendente, tomar conciencia clara y discriminar aquellas situaciones en las que el derecho se está ejerciendo -y por lo tanto la regulación se proyecta- sobre un espacio temporal extramuros de la disciplina del contrato de trabajo, de aquellas otras en las que esas fronteras son difusas, más permeables, y en consecuencia el grado de tolerancia a la conexión ha de ser probablemente mayor. En el primer caso, defendería, evocando a Dylan Thomas, no *entrar dócilmente en esa noche quieta*. No dar pie a un discurso contractualizador del tiempo que no es de trabajo. Evitar su seductora vis. La formación y sensibilización al efecto son, como no, imprescindibles y por ello encuentran reiterado reflejo legislativo.

Abanico de condicionantes, en fin, cuyos extremos, que en absoluto se tocan, vendrán posiblemente dados, por un lado, por un trabajador alto directivo o dotado de una extrema autonomía, con una conexión digital prácticamente absoluta y, por ende, sin en la práctica resquicio relevante para el derecho a la desconexión digital si bien necesaria y consecuentemente retribuido por ello. Y de otro, por un trabajador al que, más allá de diáfananamente excepcionales circunstancias, el empleador no podrá contactar fuera de su jornada de trabajo. Pudiendo además, en nuestra opinión, la conexión de su empleador desbordando aquélla, incurrir en un “tratamiento no autorizado o ilícito de los datos personales” del trabajador (art. 5.1.f RUEPD) en consecuencia sancionable. Y ello más allá de los posibles desencuentros doctrinales sobre el entendimiento del derecho a la desconexión como garantía del derecho a la intimidad. Y a pesar de que autorizada doctrina (MERCADER UGUINA, 2019, 9 y 10) apunta con acierto que “no todos los aspectos contemplados por la LOPDGDD proyectan su ámbito de actuación sobre el terreno del derecho fundamental a la protección de datos”, advirtiendo que la propia DA 1ª LOPD excluye expresamente el derecho a la desconexión digital.

La tutela de este derecho del trabajador, desde un prisma distinto, depende también normalmente, en sexto y último lugar en esta reflexión, de la capacidad de la empresa para asumirla. Lo que en muchas ocasiones conduce o puede conducir a una graduación legal de las obligaciones existentes al efecto, siempre respetuosas con unos mínimos. La identificación del criterio a tales efectos aplicable, como la dimensión de plantilla seguido en Francia, y de cuáles son esos mínimos es particularmente relevante, aunque nuestro ordenamiento no parece, directamente al menos, atender por el momento esta eventual graduación.

David Lantarón Barquín
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria